

Les Cahiers de droit

La loi dans le droit : tradition, critique et transformation

Pierre Issalys



Volume 33, numéro 3, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043160ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043160ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Issalys, P. (1992). La loi dans le droit : tradition, critique et transformation. *Les Cahiers de droit*, 33(3), 665–699. <https://doi.org/10.7202/043160ar>

Résumé de l'article

L'évolution des pratiques législatives au cours des dernières décennies justifie une réflexion sur le rôle actuel de la loi dans le système juridique, et sur les transformations de ce rôle par rapport au passé et dans l'avenir. Cette réflexion prend appui sur un rappel historique des fondements du concept de loi dans les systèmes de droit romano-germaniques et anglo-saxons. Ce retour sur la notion de loi montre qu'elle est en étroite liaison avec la philosophie rationaliste et le phénomène révolutionnaire. Différents courants de la pensée juridique contemporaine fournissent par ailleurs des perspectives analytiques et critiques sur la place actuelle et la transformation du droit légiféré. La conception positiviste dominante est notamment confrontée à la critique marxiste et radicale, à la critique néolibérale et à la critique féministe. Ces différentes intuitions critiques peuvent éclairer le devenir de la loi dans le droit québécois. Deux cheminements sont envisageables, l'un impliquant le « décentrage » du droit, le déplacement de son centre de la loi vers un nombre limité de principes et notions flous, l'autre supposant un « recentrage » du droit sur la loi, celle-ci voyant son champ matériel refluer mais sa charge symbolique être réactivée, notamment par un renforcement de la participation civique à son élaboration.

La loi dans le droit : tradition, critique et transformation

Pierre ISSALYS*

L'évolution des pratiques législatives au cours des dernières décennies justifie une réflexion sur le rôle actuel de la loi dans le système juridique, et sur les transformations de ce rôle par rapport au passé et dans l'avenir. Cette réflexion prend appui sur un rappel historique des fondements du concept de loi dans les systèmes de droit romano-germaniques et anglo-saxons. Ce retour sur la notion de loi montre qu'elle est en étroite liaison avec la philosophie rationaliste et le phénomène révolutionnaire. Différents courants de la pensée juridique contemporaine fournissent par ailleurs des perspectives analytiques et critiques sur la place actuelle et la transformation du droit légiféré. La conception positiviste dominante est notamment confrontée à la critique marxiste et radicale, à la critique néolibérale et à la critique féministe. Ces différentes intuitions critiques peuvent éclairer le devenir de la loi dans le droit québécois. Deux chemine-ments sont envisageables, l'un impliquant le « décentrage » du droit, le déplacement de son centre de la loi vers un nombre limité de principes et notions flous, l'autre supposant un « recentrage » du droit sur la loi, celle-ci voyant son champ matériel refluer mais sa charge symbolique être réactivée, notamment par un renforcement de la participation civique à son élaboration.

In the light of changing practices and attitudes as regards legislation over the last few decades, fresh thinking is needed on the role of legislation in the legal system, on the extent to which a break has been made with the past, as well as on prospective developments. The starting point is a review of the historical foundations of the concept of legislation in both roman-germanic and anglo-saxon legal systems. This brings out the close connection between legislation, the philosophy of reason and revolution-

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

ary change in the political order. Various approaches in contemporary thinking on the law provide analytical or critical insights into the current position of legislation in Western legal systems and the way in which such position is being transformed. Mainstream thinking from the positivistic stand-point is challenged by — inter alia — marxism and radical criticism, neo-liberalism, and feminism. Perspectives opened up by those various critical approaches may shed light on the future position and character of legislation within the legal system of Quebec. Two paths of development may be envisioned. One involves shifting the centre of the legal system away from legislation towards a limited set of fluid principles and concepts. The other implies re-emphasizing legislation as the centre of the system, while rolling back the legislative tide and reactivating the symbolic meaning of legislation — especially through the development of new forms of civic involvement in the legislative process.

	Pages
1. Tradition	670
1.1 Une tradition révolutionnaire	671
1.1.1 Révolution et loi en Angleterre au xvii ^e siècle	672
1.1.2 La Révolution française et la loi	675
1.2 Un parcours singulier	682
2. Critique	684
2.1 Le marxisme et la critique radicale	687
2.2 La critique néo-libérale	690
2.3 La critique féministe	692
3. Transformation	694

Notre législation n'a été qu'un fait social, et encore sans grande signification. Elle n'a jamais été un fait intellectuel.

LA DURANTAYE

*Tu écoutais la timide Innocence
Et honorais la sombre Loi sacrée*

HÖLDERLIN

Divers phénomènes, aisément observables, peuvent alimenter une réflexion sur les transformations de la loi dans le système juridique du Québec contemporain. Par « loi », on peut certes entendre l'ensemble du

droit légiféré, qu'il soit en forme législative ou en forme réglementaire ; mais l'essentiel du propos que l'on va lire se rapporte à la législation primaire, c'est-à-dire aux lois proprement dites.

Certains de ces phénomènes sont d'ordre quantitatif. Ainsi, l'inflation législative s'affirme comme une tendance lourde, difficilement maîtrisable, de notre système depuis maintenant plusieurs décennies. La persistance des dénonciations dont elle fait l'objet montre bien, cependant, que les aspirations réitérées à une « baisse de la pression juridique » dans la vie sociale, notamment économique, sont encore largement équilibrées par les besoins d'encadrement juridique auxquels elle répond¹. La politique du « moins d'État » ne s'est pas traduite par moins de lois. Faute de pouvoir faire table rase, les gouvernants se voient contraints de légiférer pour substituer à l'encadrement législatif existant un régime allégé. Il n'est pas jusqu'à tel ministre, connu pour son néo-libéralisme pur et dur, qui ne s'exclame en introduisant des textes nouveaux que « la situation est dramatique, puisqu'elle ne fait l'objet d'aucune réglementation »... Bref, au-delà de climats politiques changeants, un fait demeure : l'appel à la loi, de la part de multiples groupes d'intérêt et de pression, et le recours à la loi aux fins du spectacle politique sont toujours aussi présents et pressants. Ils témoignent d'une croyance vivace à la (toute-) puissance — réelle ou supposée — de la loi, au milieu même des dénonciations dont son omniprésence fait l'objet.

L'inflation réglementaire, tout aussi vivement mise en cause par l'appel à la déréglementation de la vie sociale, demeure élevée. Certes, des efforts ont été consentis pour freiner l'automatisme du réflexe réglementaire de l'administration publique. Mais ces efforts — évaluation préalable des répercussions, publication généralisée des projets de règlement, contrôle parlementaire —, s'ils ont donné à l'exercice du pouvoir réglementaire un encadrement plus poussé, n'ont pas débouché sur une compression radicale du volume de la réglementation. Celui-ci devrait plutôt, dans l'avenir prochain, se révéler sensible aux trois évolutions suivantes. D'abord, la tendance du législateur à baliser de façon toujours plus précise, dans les dispositions habilitantes, les matières confiées à la compétence de l'autorité réglementaire. Ensuite, la tendance des tribunaux à démarquer plus nettement le règlement des normes infraréglementaires de portée générale (directives, manuels, circulaires, etc.). Enfin, la tendance du législateur à élargir, à côté du domaine réglementaire, la portée des pouvoirs discrétionnaires confiés à l'administration publique.

1. Voir M. VAN DE KERCHOVE, « Les différentes formes de baisse de la pression juridique et leurs principaux enjeux », *Cahiers de la recherche sociologique*, vol. 13, 1989, pp. 11-30.

Sur le plan qualitatif, d'autres phénomènes retiennent aussi l'attention. En ce qui concerne l'élaboration formelle des lois, on peut constater l'émergence, depuis un quart de siècle, d'une véritable technique législative québécoise, et en parallèle une indéniable amélioration de la qualité rédactionnelle des lois (et, dans une moindre mesure, des règlements). Les préoccupations linguistiques, le souci de défendre et d'illustrer la spécificité du droit québécois et l'imprégnation politique de la loi en tant que message ont ici combiné leurs effets.

Certes, la perfection de la forme reste un idéal, que les aléas politiques de la production législative, le poids de précédents discutables, les contraintes de temps et de moyens ne permettent souvent pas d'atteindre. Mais ce souci de la forme, relativement nouveau, est lui aussi révélateur de la place que l'on prête aujourd'hui à la loi dans notre culture, au sens le plus étendu du terme.

Quant à l'élaboration matérielle des lois, elle présente aussi des caractères qualitatifs tout à fait remarquables. Qu'il suffise d'évoquer l'intense processus de consultation, de mise au point et de négociation (en partie à ciel ouvert) auquel donne lieu l'examen de projets de lois par les commissions parlementaires. La procédure de renvoi en commission après présentation (ex-« première lecture ») des projets constitue de nos jours l'un des temps forts de notre vie démocratique. Sans parler de ces « travaux préparatoires avancés » que représentent souvent les séances publiques de commissions d'enquête, les opérations ministérielles de consultation sur des livres verts ou blancs, ou les audiences de commissions parlementaires dans leur mission de contrôle de l'administration. La genèse de textes comme la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, en 1983-1985, ou la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, en 1990-1991, sont exemplaires de ce nouveau style de travail législatif. Sans méconnaître l'effet d'« écran de fumée » parfois recherché par ces opérations de participation, il faut y voir une autre preuve qu'au Québec on prend les lois au sérieux.

Tous ces phénomènes sont autant de raisons de réfléchir sur le rôle actuel de la loi dans le système juridique du Québec, sur les transformations que ce rôle actuel implique par rapport au passé et sur celles qu'il annonce peut-être pour le prochain siècle. Le présent texte consiste en une contribution à cette réflexion, développée en trois temps.

Il est d'abord indispensable de revenir sur le passé, sur la tradition juridique dont est issu le droit québécois actuel, ou plus exactement la dimension législative du droit québécois actuel. En effet, la question de savoir quelle place occupe la loi parmi les sources du droit intéresse les fondements même d'un ordre juridique. S'agissant du Québec, on doit tenir

compte du caractère dualiste de ces fondements. Notre droit ayant une double appartenance à la famille des droits romano-germaniques et à celle des droits anglo-saxons, deux conceptions de la loi y sont présentes. Et cela en dépit du fait qu'à première vue la loi, en tant que produit de l'institution parlementaire, paraisse devoir relever strictement du droit public, donc fondamentalement du droit anglais.

Ce premier moment de notre réflexion comportera donc d'abord un rappel historique des fondements du concept de loi dans la philosophie politique et juridique sous-jacente non seulement au droit anglais mais aussi à la tradition des droits romano-germaniques à l'époque moderne. Ce retour sur la notion de loi montrera l'étroite relation qui l'unit à la philosophie rationaliste, d'une part, et au phénomène révolutionnaire, d'autre part². La liaison révolution-raison-loi est au cœur de la conception française de la loi, qui a façonné celle de l'ensemble des droits romano-germaniques modernes ; dans le système du droit anglais, elle se trouve par contre englobée dans une vision du droit fondée sur la continuité coutumière et jurisprudentielle.

Ce rappel historique sera suivi d'une brève évocation du parcours propre emprunté par le droit québécois, quant à sa conception de la loi, à la lisière des deux familles de droits auxquelles il appartient. L'état actuel de nos connaissances ne permet guère plus que des hypothèses relativement aux étapes et aux déterminants de ce parcours. Il appartiendra à la recherche ultérieure d'en vérifier la validité.

Dans un deuxième temps, une réflexion sur la place et les transformations du droit légiféré dans le droit du Québec doit mettre à contribution les perspectives analytiques et critiques dégagées par les différents courants de la pensée juridique actuelle. Inévitablement, il faut d'abord rappeler le rôle éminent que confère à la loi la vision, largement dominante chez les juristes québécois, du positivisme démocratique. Cette conception de la loi paraît devoir constituer le point de départ de toute transformation éventuelle. Mais au moins trois courants critiques s'imposent à l'attention par la remise en cause plus ou moins directe et profonde qu'ils opposent à cette pensée dominante : le courant marxiste, le courant néo-libéral, le courant féministe. Nous rendrons sommairement compte de ces trois positions critiques, qui conduisent à envisager sinon la disparition, du moins l'effacement, de la loi comme source de droit. Même si l'on exclut du champ

2. Cette étroite relation n'exclut évidemment pas un substrat plus large et bien antérieur : voir J.C. RICCI, « Droit et loi chez les légalistes », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT (dir.), *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, pp. 108-110 et M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

des avenir vraisemblables les visées ultimes de ces trois courants, on peut exploiter leurs intuitions critiques dans une réflexion sur le devenir de la loi dans le droit québécois.

La troisième partie du présent texte esquisse une telle réflexion. Il s'agit, sur la base de la tradition complexe dont est issue la conception que l'on se fait de la loi dans le droit québécois moderne, et à la lumière de quelques-uns des courants de pensée juridique présents au Québec au cours des dernières décennies, d'éclairer la situation actuelle de la loi et son évolution possible dans un avenir prochain. Dans cette entreprise, on peut se référer utilement, semble-t-il, à la pensée de deux auteurs : Ronald Dworkin et Jürgen Habermas. En effet, ils se situent, à bien des égards, respectivement dans la continuité historique des deux traditions juridiques auxquelles se rattache notre droit. La combinaison de leurs analyses convient donc tout à fait à la mixité caractéristique du droit québécois. Elle fournit peut-être quelques clés pour comprendre, et éventuellement orienter, les transformations de la loi au moment où le Québec aborde son troisième siècle de vie démocratique.

1. Tradition

Il y a une vingtaine d'années, lorsque les institutions fédérales ont entrepris, dans le cadre notamment de la *Loi sur les langues officielles*, de se donner un visage et un langage plus authentiquement francophone, l'attention s'est dès l'abord portée sur la législation. On a commencé à se soucier que la version française des lois fédérales soit autre chose qu'une traduction scrupuleusement littérale de la version anglaise. D'où de longues et indécises discussions, par exemple, sur l'opportunité de ne pas rendre systématiquement le « shall » de la version anglaise par « devoir ». Pour mesurer le chemin parcouru depuis lors, il suffit de constater que la *Loi d'interprétation* fédérale énonce aujourd'hui que l'obligation s'exprime normalement par le présent intemporel. Les débats de cette époque ont bien montré que de telles divergences sur le mode d'expression de la loi ne pouvaient être pleinement élucidées que par un retour aux sources des traditions respectives du droit anglais et du droit français en matière de législation.

Dans son ouvrage alors récent, *Rédaction et interprétation des lois*, Louis-Philippe Pigeon constatait et synthétisait brillamment ces écarts entre les deux langues sur le plan de la technique législative. Il ne remontait cependant pas jusqu'à leur cause profonde. Cette cause, il faut la situer dans l'économie différente des sources du droit dans les systèmes romano-germaniques et dans les systèmes anglo-saxons. Les différences de style, d'expression, de vocabulaire peuvent alors apparaître comme les symp-

tômes d'une opposition radicale entre deux conceptions de la loi. Une telle opposition, que suggèrent beaucoup d'aspects du phénomène législatif dans les systèmes romano-germaniques et les systèmes anglo-saxons, ne doit cependant pas masquer un accord essentiel sur la nature de la loi. Cet accord profond traduit l'enracinement des deux conceptions dans un terreau philosophique et politique en partie commun, marqué par les Révolutions anglaise et française. Il y a, au fond des choses, une *tradition révolutionnaire* à propos de la loi. Loin d'être un poussiéreux souvenir de famille, cette tradition révolutionnaire habite et anime toujours, en Occident, la construction « épurée » dessinée par Kelsen. C'est sur cette tradition qu'il faut d'abord revenir, avant d'en chercher l'écho dans la tradition proprement québécoise.

1.1 Une tradition révolutionnaire

C'est l'époque des grandes révolutions démocratiques occidentales (1600-1800) qui donne au mot « révolution » le contenu que nous lui connaissons. Il en vient alors à désigner un mouvement par lequel une société politique s'affranchit d'un régime sclérosé qui bloque une évolution irrépressible. Il acquiert une double connotation. Celle d'une rupture, plus ou moins violente, avec le passé récent. Celle d'un recommencement de l'Histoire, qui comporte dans des proportions variables l'idée d'un renouement avec un passé plus lointain, en même temps que la volonté de faire du neuf³. Dans cette double vocation du mouvement révolutionnaire, la loi joue un rôle central. Elle représente l'instrument d'un retour à la raison et à la justice des choses. Cet ordre rationnel et juste, le régime renversé l'avait infléchi, obscurci, corrompu, bafoué enfin. La révolution, armée de la loi, va remettre la société dans le droit chemin, à partir d'une bifurcation plus ou moins mythique où s'était instaurée une « erreur d'aiguillage ».

Pour ce qui nous importe, à nous Québécois, il suffit de se représenter le déploiement de la trilogie révolution-raison-loi dans nos deux révolutions mères : l'anglaise de 1689 et la française de 1789. Dans les deux cas, il faut nous rappeler comment la transformation du rôle de la loi a été déterminée par les événements politiques et la réflexion philosophique.

3. G. GUSDORF, *Les principes de la pensée au siècle des Lumières*, Paris, Payot, 1971, p. 414 et suiv. ; M. PÉRONNET, « Les révolutions avant la Révolution », dans C. MAZAURIC (dir.), *La Révolution française et les processus de socialisation de l'homme moderne*, Paris, Messidor, 1989, pp. 215-222.

1.1.1 Révolution et loi en Angleterre au XVII^e siècle

L'effet essentiel de la Révolution de 1689 est bien connu. Elle a conféré au Parlement, et donc à la loi, une situation de suprématie par rapport aux autres sources de droit. Depuis le début du XVII^e siècle, trois sources de droit se faisaient concurrence pour établir leur prépondérance sur les deux autres. Trois centres de pouvoir s'étaient en effet constitués progressivement par dislocation de la *Curia Regis* à partir du XIII^e siècle⁴.

Les tribunaux supérieurs et les professions juridiques, dont les intérêts professionnels étaient liés à la puissance économique de la grande propriété foncière, affirmaient la primauté de la common law⁵. Edward Coke a exposé dès le début du XVII^e siècle, dans ses *Reports* et ses *Institutes*, la justification idéologique de cette revendication. Il y présente la common law comme l'expression de la raison, d'un entendement commun affiné par la longue expérience des juristes professionnels. La common law est donc bien un droit jurisprudentiel, et non simplement coutumier. Elle émerge d'ailleurs comme le produit de la jurisprudence unitaire des cours royales, par opposition au droit coutumier des juridictions locales, seigneuriales ou ecclésiastiques. Dans cette conception, la *statute law* n'apparaît pas du tout comme le moteur de l'évolution du droit ; elle n'est qu'une rectification ponctuelle, exceptionnelle et limitée sur le fond du droit jurisprudentiel. Cette façon de voir le rôle du droit légiféré est d'ailleurs commune à l'ensemble des droits européens à l'époque médiévale.

La monarchie, restaurée dans son autorité depuis la fin de la guerre des Deux Roses, se prétend de son côté, avec insistance à compter de Jacques 1^{er}, source de droit autonome et prééminente. L'expansion de la prérogative royale, et accessoirement des juridictions d'exception, trouve un appui chez deux philosophes qui, à divers égards, s'opposent à Coke : Francis Bacon et Thomas Hobbes. Le premier, constatant le désordre et l'incertitude de la common law, esquisse une codification rationnelle du droit anglais que seul, à son avis, un pouvoir royal unitaire peut concevoir

4. S.B. CHRIMES, *English Constitutional History*, Londres, Oxford University Press, 1967, pp. 64-67 ; H. LÉVY-ULLMANN, *The English Legal Tradition*, Londres, Macmillan, 1935, pp. 209-221.

5. C. HILL, *Intellectual Origins of the English Revolution*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 227-228 ; I. DUNCANSON, « The Politics of Common Law in Theory and History », (1989) 27 *Osgoode Hall L.J.* 687, 698-701.

et imposer⁶. Le second expose dans le *Leviathan* la nécessité d'un souverain absolu pour garantir le contrat de sûreté qui soude le corps social⁷. De façon moins abstraite, dans son *Dialogue sur le common law*, Hobbes conteste la prétention de Coke de trouver dans la common law l'expression de la raison⁸. Il s'efforce au contraire de démontrer que les lois du Parlement, et plus encore la prérogative royale, sont bien mieux à même d'engendrer un droit uniforme, certain, favorable à la cohésion sociale. Ainsi, pendant la période de la guerre civile, on peut estimer que, du point de vue des sources du droit, les « révolutionnaires » sont les partisans de l'absolutisme et de la prérogative, et non pas leurs adversaires victorieux en 1648.

Le troisième centre de pouvoir, et le vainqueur ostensible de 1689, c'est évidemment l'institution parlementaire. Celle-ci s'est faite, au moment de la première révolution, porteuse des aspirations des petits propriétaires ruraux et de la bourgeoisie urbaine. La brève histoire du *Commonwealth of England* explique que le Parlement ne soit pas parvenu à mettre en œuvre sa suprématie en donnant au droit anglais une base législative. Le parti parlementaire se trouvait en effet divisé sur le triple plan des intérêts économiques, des projets politiques et des convictions religieuses. Il ne pouvait donc s'entendre sur l'ampleur d'une éventuelle réforme du droit, notamment quant au droit de propriété. La victoire effective du Parlement comme source prééminente de droit ne deviendra possible, en 1689, que par l'alliance des parlementaires et des *common lawyers*. Ces derniers admettront alors définitivement la primauté de la *statute law* sur la common law. Ce recul apparent de leur part s'explique par le fait que les intérêts qu'ils servent tiennent bien en main l'institution parlementaire et sont donc en mesure de l'utiliser pour garantir le droit de propriété à la fois contre l'empiétement fiscal du monarque et la spoliation

6. C. HILL, *op. cit.*, note 5, pp. 230-232 ; la plus grande partie de ce travail est aujourd'hui perdue, mais voir F. BACON, *Essai d'un traité sur la justice universelle, ou Les sources du droit* (1622), Paris, Klincksieck, 1985. Sur les rapports entre Bacon et Hobbes, voir P. CARRIVE, « La conception de la loi chez Hobbes, Bacon et Selden », dans Y.C. ZARKA et J. BERNHARDT (dir.), *Thomas Hobbes — Philosophie première, théorie de la science et politique*, Paris, PUF, 1990, p. 305.

7. T. HOBBS, *Leviathan* (1651), dans *English Works*, éd. Molesworth, t. III, Aalen, Scientia Verlag, 1966, pp. 153-170.

8. T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1664), éd. MOLESWORTH, *op. cit.*, note 7, t. VI, pp. 3-15 et 22-29 ; voir à propos de cette œuvre l'introduction de P. CARRIVE à sa traduction sous le titre *Dialogue des Commons Laws*, Paris, Vrin, 1990, et R.J. RIBEIRO, « Hobbes, Jacques 1^{er} et le droit anglais », dans Y.C. ZARKA et J. BERNHARDT (dir.), *op. cit.*, note 6, p. 347.

par voie de réforme législative. Le nouvel ordre constitutionnel est parachevé en 1707 par l'*Act of Settlement* qui met le pouvoir judiciaire, gardien de la common law, à l'abri des immixtions de l'exécutif et du Parlement. La suprématie législative est justifiée sur le plan philosophique par l'œuvre de Locke. Le *Second essai sur le gouvernement civil* présente le Parlement comme fiduciaire du bien public⁹. À ce titre, sa mission est de légiférer dans l'intérêt général, sous forme de règles uniformes, impersonnelles, assurant la vie, la liberté et les biens de chacun. Toute altération du pouvoir législatif qui le ferait dévier de ces finalités justifie la rébellion. La loi issue d'institutions représentatives apparaît alors, dans l'urgence d'une révolution politique, sous une figure analogue à celle qu'elle revêt dans son rapport habituel avec la common law : celle d'une intervention ponctuelle, réparatrice, restauratrice de l'harmonie du corps social. Au-delà d'une démonstration inspirée par les circonstances de 1689, il faut voir là une reconnaissance de l'inaptitude d'un droit purement jurisprudentiel à réaliser pleinement un ordre social juste car fondé en raison.

Malgré la persistance de la common law comme source première du droit anglais, la période révolutionnaire marque donc l'avènement d'une conception rationaliste de la loi comme règle publique, générale et uniforme de direction des conduites humaines. Certes, cette vocation de la loi à l'*imperium* restera très largement latente, en Grande-Bretagne, pendant un siècle et demi. La *statute law*, expression de la souveraineté du Parlement, se trouvait verrouillée par un dispositif institutionnel et une combinaison d'intérêts (ceux-là même qui susciteront, en 1730, l'admiration de Montesquieu) assurant la préservation et l'autonomie de la common law. Mais du moins était affirmé le potentiel créateur, révolutionnaire précisément, de la législation. Certes, Blackstone pourra encore écrire, au milieu du XVIII^e siècle, que la common law constitue une science fondée sur des principes rationnels¹⁰. Mais peu à peu s'imposera la conviction, déjà présente dans la philosophie anglaise du XVII^e siècle, qu'un Parlement — surtout à mesure que sa représentativité s'accroît — est mieux en mesure de réaliser la justice par la création volontariste d'un ordre social rationnel. À la fin du XVIII^e siècle, Bentham en fera la démonstration¹¹.

9. J. LOCKE, *Second Essay Concerning Civil Government* (1690) dans *Works*, t. V, Aalen, Scientia Verlag, 1963, ch. XI.

10. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 33-34.

11. J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale* (1802), traduits par E. Dumont, t. III, Paris, Bossange, 1820, pp. 383-400 ; voir sur cet ouvrage P. GÉRARD, « Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham », dans P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 127-133.

Même si ses ambitieux projets de réforme législative ne sont qu'en partie suivis, le principe de leur possibilité et de leur légitimité ne sera pas contesté.

Le droit anglais contemporain manifeste donc une contradiction non résolue entre une pratique d'interventionnisme législatif tout aussi marqué que dans les pays de la famille des droits romano-germaniques et une théorie classique des sources du droit qui persiste à situer les fondements du droit dans le droit jurisprudentiel. Tout se passe comme si le législateur, reconnaissant en pratique la validité des observations de Bacon, de Hobbes et de Bentham sur la capacité d'organisation sociale rationnelle inhérente à la législation, hésitait sur le plan des principes à remettre en cause l'héritage de Coke. De leur côté, les tribunaux anglais n'en sont venus que très récemment à préconiser une interprétation téléologique, potentiellement extensive, de la législation. Malgré l'évolution des attitudes judiciaires, le gouvernement britannique a bloqué, il y a une dizaine d'années, le projet soutenu par plusieurs des *Law Lords* d'adopter une disposition interprétative générale analogue à l'article 41 de la *Loi d'interprétation québécoise*¹².

La conception rationaliste de la loi n'a donc pas façonné le phénomène législatif au même degré en Angleterre que dans les pays romano-germaniques. On peut le constater notamment dans la forme de la législation, qui a conservé le caractère casuistique et technicien qui convient à ce que la théorie des sources du droit persiste à présenter comme un simple supplément à la common law. En témoigne aussi la place tout à fait secondaire réservée au droit légiféré dans les ouvrages d'histoire du droit anglais. Le courant rationaliste, et la conception révolutionnaire de la loi qu'il véhicule, sans être exclu de la tradition juridique anglaise, est donc resté contenu, comme il l'était en 1689, entre les digues de la common law.

1.1.2 La Révolution française et la loi

On peut dresser un constat semblable d'interpénétration de la pensée juridique et de la philosophie politique pour le ^{xvii}e et surtout le ^{xviii}e siècle français. En fait, le mouvement des idées philosophiques et juridiques pendant toute cette période est impulsé par le rationalisme cartésien. Avec lui s'affirme la conviction que par un raisonnement rigoureux inspiré des mathématiques, il est possible de parvenir à la compréhension objective et à la maîtrise du monde. Parallèlement se développe dans la pensée juridique, en France comme ailleurs sur le continent, la conception moderne

12. D.R. MIERS et A.C. PAGE, *Legislation*, Londres, Sweet & Maxwell, 1982, pp. 199-201 et 204-206.

du droit naturel. Jusque-là dérivé de postulats théologiques, celui-ci est resitué dans le champ de l'élaboration rationnelle sur la base de la nature de l'homme.

Un demi-siècle après le *Discours de la méthode*, l'œuvre de Domat manifeste cette double influence¹³. Bien qu'elle soit enracinée, en ce qui concerne le droit public, dans la théorie traditionnelle de la monarchie de droit divin, elle présente un exposé logique, déductif et systématique du droit civil français. L'influence de cet exposé sur la conception et la rédaction du Code Napoléon est bien connue. Mais les observations de Domat sur les sources du droit positif présentent également le plus grand intérêt. Exact contemporain de la seconde révolution d'Angleterre, son *Traité des lois* témoigne d'une conception du droit légiféré très proche de celle qui prévalait en Angleterre au xvi^e siècle, dans la phase de collaboration créatrice entre le pouvoir royal et le Parlement¹⁴. Dans le cadre précis d'une monarchie de droit divin, et sans doute par référence au modèle insurpassé du Code de Justinien, Domat exprime sa confiance dans l'action créatrice du législateur éclairé par la raison et, là où celle-ci défaille, par la foi¹⁵. De cela aussi, les législateurs de la période révolutionnaire seront les héritiers.

Dans l'intervalle, cependant, trois contributions philosophiques d'inspiration rationaliste auront fondé définitivement une conception de la loi positive comme instrument de la raison et de la justice : celles de Montesquieu, de Jean-Jacques Rousseau et des Idéologues.

Montesquieu fonde sa recherche de l'*Esprit des lois* sur l'affirmation que les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. En plaçant ainsi d'emblée les lois juridiques positives sur le même plan que les lois naturelles dégagées par les sciences d'observation, il postule une rationalité inhérente au droit. Cette rationalité, il la cherche à la fois au ciel et sur terre. Il reconnaît à la fois qu'elle se « lit » dans un ordre de rapports voulu par Dieu, mais aussi qu'elle se « crée » par des lois positives imprégnées des rapports qu'elles ont avec le milieu naturel et les conditions politiques, économiques et sociales. D'où l'ambition légitime du législateur : « La loi est la raison humaine en tant qu'elle gouverne les peuples de

13. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), Paris, Bauche, 1767 ; voir A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 69-73 et 142-147.

14. J. DOMAT, *Traité des lois*, qui accompagne l'ouvrage de J. DOMAT, *op. cit.*, note 13, ch. XII, notamment les sections VII à IX, dont la teneur est très voisine du célèbre *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637.

15. S. GOYARD-FABRE, « Montesquieu entre Domat et Portalis », (1990) 35 *R.D. McGill* 716.

la terre », et son devoir : « L'esprit de modération doit être celui du législateur ». Cette courte phrase est certes l'une des clés de l'*Esprit des lois* ; Montesquieu ne dit-il pas qu'« il lui semble n'avoir fait tout cet ouvrage que pour le prouver¹⁶ » ?

À un premier niveau, ce parti pris de modération s'explique tout naturellement par la préférence de l'auteur pour les régimes politiques modérés, plus précisément ceux où l'aristocratie joue le rôle de modérateur¹⁷. Mais de façon plus profonde, l'impératif de modération est lié à la complexité des sociétés politiques. En effet, les théories constitutionnelles et sociologiques développées dans les premières parties de l'*Esprit des lois* tendaient à montrer que la stabilité des institutions dépend à la fois d'une fragile cohérence interne et d'un faisceau de déterminants ou de variables externes. Dès lors, ce que l'on appellerait aujourd'hui « la régulation des sociétés » par le droit légiféré ne peut s'effectuer qu'avec le souci de cette cohérence et un sens aigu des possibilités réelles d'agir sur les phénomènes sociaux. L'intervention du législateur n'est donc pas à exclure, au contraire, ne serait-ce que pour contrer ou freiner l'inexorable loi historique de décadence des régimes politiques, et plus positivement pour refléter les progrès de la raison humaine dans sa compréhension de la « nature des choses »¹⁸ ; mais cet interventionnisme devrait être plutôt conservateur (au sens premier du terme) que créateur : il relève de l'ordre de la connaissance plutôt que de celui de la volonté.

Jean-Jacques Rousseau inverse la perspective. Plutôt que de voir dans la loi le reflet même éloigné, médiatisé, d'un ordre divin et le produit de certains déterminants géographiques ou sociologiques, il en fait l'expression fondatrice d'un consensus social. La vision du *Contrat social* est essentiellement volontariste. La loi exprime la volonté générale, la volonté de tous à l'égard de tous. Pouvant seule prétendre à exprimer cette volonté générale, comment ne serait-elle pas source prééminente, voire exclusive, du droit ? Loin d'aliéner la liberté des sujets, la loi réalise le « prodige » d'obtenir l'obéissance et l'adhésion d'hommes libres, déterminés par leur seule raison¹⁹. Loin de se mouler dans la « nature des choses », la loi doit exprimer la maîtrise de la raison humaine sur cette nature. Sa tâche est

16. C. de MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois* (1748), coll. « l'Intégrale », Paris, Seuil, 1964, pp. 532 (I,3) et 749 (XXIX,1).

17. *Id.*, pp. 588-590 (XI,6) et 537-538 (III,4).

18. Sur ces deux versants, l'un pessimiste et l'autre optimiste, de la pensée de Montesquieu, voir S. GOYARD-FABRE, « Le réformisme de Montesquieu : progrès juridique et histoire », (1985) 27 *Arch. phil. dr.* 277.

19. J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique* (1755), éd. Gagnebin et Raymond *Œuvres complètes*, coll. « La Pléiade », t. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 248.

notamment de maintenir entre les adhérents au pacte social une égalité que la force des choses tend toujours à détruire.

La conception de Rousseau constitue une avancée décisive dans la résolution du problème du pouvoir dans les sociétés humaines. Le « prodige » de la liberté du sujet dans l'acquiescement au pouvoir de la loi ouvre l'espace de la démocratie, puisqu'elle suppose et exige l'égale participation de chacun à l'élaboration de la volonté générale. L'aménagement de cette participation dans les collectivités où la démocratie directe n'est plus praticable se présente dès lors comme la condition primordiale de possibilité d'un pouvoir démocratique. Cet aménagement doit être tel qu'il préserve le caractère fondamentalement éthique du processus de législation : la participation de chacun à la formulation de la volonté générale est de l'ordre du vouloir moral — et non pas de celui de la connaissance scientifique — et la visée de l'acte législatif est d'intégrer le produit de la délibération collective à la moralité de l'agir individuel²⁰.

La pensée et la pratique juridiques de la période révolutionnaire feront la synthèse de ces deux positions contrastées. Mais auparavant, un troisième courant aura prolongé et précisé les tâches de la loi telles que les voyait Rousseau. Le mouvement des Idéologues, sorte de réseau interdisciplinaire, aspire à mettre la loi au service du progrès moral et social²¹. Son optimisme fondamental, caractéristique d'une communauté intellectuelle où scientifiques et techniciens sont bien représentés, le distingue à la fois de Rousseau — peu confiant dans les capacités de régénération morale des sociétés européennes — et de Montesquieu — pour qui le progrès des Lumières s'accomplit sur un fond de décadence cyclique des civilisations. L'optimisme des Idéologues s'appuie naturellement sur les progrès des sciences naturelles depuis l'éclosion de la philosophie rationaliste, et sur la croyance que les sciences humaines — et notamment celle du gouvernement et de la législation — peuvent et doivent s'inspirer des mêmes principes. Sur ce point, la pensée des Idéologues emprunte à la fois à Montesquieu et à Rousseau. Au premier, l'idée que le progrès des connaissances, chez une élite éclairée, saura garantir la préservation de la liberté de tous dans le cadre d'un régime politique sagement pondéré. Au second, l'idée que de l'exercice délibéré de sa raison par chacun des membres d'une

20. Sur l'exigence morale dans le *Contrat social*, voir P. KNEE, « La question de l'appartenance : Montesquieu, Rousseau et la Révolution française », (1989) 22 *Rev. can. sc. pol.* 285.

21. G. GUSDORF, *La conscience révolutionnaire — Les Idéologues*, Paris, Payot, 1978, pp. 30-33, 110-122 ; voir aussi X. MARTIN, « Révolution française et socialisation de l'individu », dans C. MAZAURIC (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 77.

société d'individus libres puisse émerger une volonté où chacun reconnaîtra sa liberté. L'effort des Idéologues, bien représentés dans les corps législatifs et l'administration publique pendant la période révolutionnaire, tendra à diffuser les connaissances par l'instruction publique généralisée — on leur doit le terme « instituteur », qui suggère bien le lien entre éducation et citoyenneté — et à faire du législateur le précepteur, le renouvateur de la nation dans ses mœurs et son aménagement juridique. Un tel législateur, aux ambitions à la fois morales et techniques, ne peut être que résolument volontariste. Sa toute-puissance se fonde sur l'adhésion démocratique, médiatisée par les mécanismes de la représentation et de la majorité²². L'absolutisme de cette conception volontariste de la loi est cependant tempéré par sa fidélité à l'idéal janséniste des Lumières : il existe des normes et des valeurs universelles, dont le législateur national n'est que l'interprète.

La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 montre d'emblée ce qu'elle doit à Rousseau et à ses continuateurs. Son article 6 définit explicitement la loi comme l'expression de la volonté générale. La Constitution de 1791, qui prévoit la codification du droit civil, et l'abondante production législative de la période révolutionnaire témoignent d'une adhésion sans réserve à la prééminence absolue de la loi sur toute autre source de droit et à l'entreprise de construction d'un ordre social rationnel par des textes où la visée didactique est souvent très présente. La loi est conçue et reçue comme l'*acte révolutionnaire par excellence*²³. Michelet a su exprimer, en 1847, la place centrale de la loi dans l'héritage de la Révolution française : « Je définis la Révolution, l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice²⁴. » Dès les premiers grands textes révolutionnaires se met en place une équation à quatre termes : raison = volonté générale = loi = droit, qui instaure durablement la suprématie absolue du législateur²⁵.

Deux facteurs vont faciliter le déploiement de cette suprématie. D'une part, le postulat de l'omnicompétence du législateur : il n'est en principe pas de domaine de l'activité humaine dont la raison, et donc la loi, ne puisse connaître. D'autre part, le postulat de fidélité d'un législateur rationnel aux droits naturels de l'homme et du citoyen, le seul recours en cas d'atteinte à

22. S. GOYARD-FABRE, « Le prestige de la loi à l'époque révolutionnaire », (1987) 12 *Cah. phil. pol. et jur.* 123.

23. E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, « Raison politique et dynamique des lois dans la Déclaration », (1988) 8 *Droits* 33, 37.

24. J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française* (1847), Paris, Marpon et Flammarion, 1868, p. 1.

25. G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », (1939) 9 *Arch. phil. dr. et sociol. jur.* 7, 9-27.

ces normes constitutionnelles étant d'ordre politique, à la limite insurrectionnel²⁶. Ainsi, la conception révolutionnaire du droit évoque non pas l'image aujourd'hui familière d'un ensemble complexe disposé par étages successifs au-dessous de la constitution, mais plutôt celle d'une sphère homogène où tout s'est résorbé dans la loi. Le « légicentrisme » restera caractéristique de la tradition constitutionnelle française jusqu'à une époque récente²⁷.

Par la place qu'elle assigne à la loi, la conception du droit issue de la Révolution française « substitue au despotisme monarchique le despotisme de la raison législative²⁸ ». À l'emblème du Roi-Soleil succède le « mythe solaire » de la Révolution²⁹. Ce mythe se nourrit de la confiance, dont témoignaient déjà les Idéologues, dans la capacité d'une société humaine de se régénérer en s'instituant son propre législateur. Cette confiance suppose l'existence d'une communauté d'hommes suffisamment éclairés, désintéressés, rationnels, pour vouloir se proposer à elle-même par ses lois un modèle de vertu civique. Cette figure du pouvoir est toute pétrie des préoccupations moralistes et didactiques des Idéologues. Ce discours sur la loi s'accompagne d'un autre, qui lui survivra de beaucoup : celui qui présente la loi comme « le moyen universel d'architecture sociale³⁰ ». L'époque de la Révolution voit d'ailleurs s'ébaucher une étroite liaison entre législation et architecture³¹. Dès les dernières années de l'Ancien Régime, Claude-Nicolas Ledoux pratiquait une architecture « républicaine »³². Les grandioses projets d'architecture civique de Boullée expriment parfaitement l'idéal régénérateur et unitaire du droit révolutionnaire³³. Et de son côté Portalis, présentant en 1800 le Titre préliminaire du

26. S. RIALS, « Des droits de l'homme aux lois de l'homme », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 99-103.

27. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », (1988) 104 R.D.P. 313, 322-326.

28. G. GUSDORF, *op. cit.*, note 21, p. 119.

29. J. STAROBINSKI, 1789—*Les emblèmes de la raison*, coll. « Champs », Paris, Flammarion, 1979, pp. 31-37.

30. B. GROETHUYSEN, *Philosophie de la Révolution française*, Paris, Gonthier, 1966, p. 184.

31. J. STAROBINSKI, *op. cit.*, note 29, pp. 49-59 et 181-186.

32. Il en formule la doctrine dans l'ouvrage rédigé entre 1795 et 1804 ; C.-N. LEDOUX, *L'architecture considérée sous le rapport de l'art, des mœurs et de la législation* (1805), Nördlingen, Verlag Uhl, 1981 ; voir A. VIDLER, *Claude-Nicolas Ledoux : Architecture and Social Reform at the End of the Ancien Régime*, Cambridge (Mass.), M.I.T. Press, 1990, ch. 6.

33. J.M. PÉROUSE DE MONCLOS, *Étienne-Louis Boullée—De l'architecture classique à l'architecture révolutionnaire*, Paris, Arts et métiers graphiques, 1969, pp. 181-207. Les liens entre révolution politique et architecture étaient d'ailleurs tout aussi significatifs, et chargés de références à l'antique, dans l'Angleterre d'après 1689 : voir M. BARIDON, « Le pouvoir et son image. Politique et jardin paysager en Angleterre », *Urbi*, vol. 10, 1986, p. 22.

projet de Code civil, évoquera l'image du « péristyle de la législation française ».

Légiférer, c'est donc aussi bâtir, et bâtir durablement. L'aspiration à la permanence du droit légiféré découle de la confiance dans la rationalité du législateur. Si la loi est le produit d'une délibération rationnelle des membres du corps social (médiatisée par le jeu de la représentation et de la majorité), qui sont engagés par le contrat social à la respecter, elle ne peut être que valable à l'égard de tous, indépendamment des considérations de personnes et des circonstances de temps : elle ne peut être que générale, impersonnelle et intemporelle³⁴. Ces trois caractéristiques de la loi formeront le legs le plus durable de la conception de la loi issue de la Révolution française, certainement plus durable que l'idée de sa suprématie absolue parmi les sources du droit.

En effet, le monopole législatif sur le droit est en voie de s'atténuer dès la fin de la Révolution. L'élaboration du Code Napoléon marque déjà l'occasion d'un certain retour à Montesquieu. Portalis et les rédacteurs du Code demeurent attachés à la vision de la loi développée par Rousseau, les Idéologues et les assemblées de la période révolutionnaire. Mais après Domat, Montesquieu est leur principal inspirateur quant à l'esprit du Code. Cet esprit témoigne donc, dans le fond et dans la forme, des vertus de modération et d'économie préconisées par l'*Esprit des lois*. Au surplus, il ouvre la voie à une réhabilitation d'autres sources de droit, notamment de la jurisprudence, dans un ordre juridique où rayonne cependant toujours le prestige éminent de la loi.

Comme produit législatif terminal de la Révolution, le Code Napoléon exprime en définitive assez bien le caractère complexe de ce que Simone Goyard-Fabre appelle la « nébuleuse révolutionnaire ». S'y entremêlent une ambition volontariste et idéaliste proprement révolutionnaire, la continuité d'une tradition juridique nationale, l'effet des pesanteurs sociologiques du temps et le souci pragmatiste d'entrer dans la « nature des choses ». Mais le Code civil de 1804 est peut-être avant tout porteur de deux idées-forces. D'une part, avec les autres codes napoléoniens, il redonne une actualité à l'utopie unitaire, exhaustive et perpétuelle de la codification du droit et propose un modèle à valeur universelle³⁵. D'autre part, et dans une perspective plus large encore, il exprime par son fond, sa forme et sa situation historique l'idéal de la conception révolutionnaire de la loi. Cet idéal a lui-même un double versant. Il est stabilisateur, en tant

34. G. BURDEAU, *loc. cit.*, note 25, 15-18.

35. C. VARGA, « Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification », (1978) *Riv. internazionale di filosofia del diritto* 21.

que la loi exprime l'adhésion à un ordre : adhésion délibérée de l'individu, membre d'une collectivité étatique, à un ordre rationnel. Il est aussi mobilisateur, en tant que la loi est investie d'un potentiel spécifiquement révolutionnaire : elle fonde en raison la seule légitimité politique en même temps que la sienne propre, elle enseigne les voies du progrès individuel et collectif, et elle combat tout ce qui obscurcit l'éclat de la raison. Si la « nébuleuse révolutionnaire » possède un noyau dur, un astre focal, un « programme minimal » rassemblant toutes ses tendances, c'est sans doute, pour reprendre le mot de Michelet, l'avènement de cette conception de la loi.

1.2 Un parcours singulier

Comment situer, dans une perspective historique, la conception québécoise de la loi par rapport à ces deux grandes traditions révolutionnaires ? En l'absence de travaux approfondis consacrés directement à cette question, on doit se borner pour l'immédiat à un constat et à une hypothèse.

Le constat que peut faire le juriste québécois contemporain, lorsqu'il cherche à définir et à apprécier la place et le poids de la loi parmi les sources de notre droit, est que l'une et l'autre de ces conceptions lui semblent familières. D'une part, en effet, en raison de la réception du droit anglais depuis la Conquête et l'*Acte de Québec*, la notion d'un droit fondamentalement coutumier et jurisprudentiel, auquel des textes constitutionnels ou législatifs apportent tantôt un complément, tantôt une rectification, tantôt un encadrement non exhaustif, ne lui est pas inconnue. L'influence intellectuelle du droit anglo-saxon s'est, au surplus, diffusée même au-delà des secteurs de droit placés en 1774 dans la mouvance du droit anglais : les procédés d'interprétation et les modes de raisonnement et d'exposition judiciaires ont pénétré jusque dans les matières de *property and civil rights*. D'ailleurs, le fait que le *Code civil du Bas-Canada* ait été considéré comme la common law du Québec a longtemps suscité entre lui et le reste de la législation de droit privé un type de rapports semblable à celui qu'entretenaient dans les pays anglo-saxons le droit jurisprudentiel et la législation. Ces phénomènes sont l'un des aspects les mieux connus de la mixité de sources et de tradition qu'exprime le droit québécois.

Mais d'autre part, cette mixité peut aussi être constatée, à l'époque contemporaine, du fait de la présence d'un corpus législatif considérable aux côtés du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. Par son volume d'abord, mais plus encore par sa forme et son esprit, ce droit légiféré évoque la conception de la loi généralement reçue dans les pays de tradition romano-germanique. Le juriste québécois contemporain, comme d'ail-

leurs le législateur lui-même et le justiciable, a très largement assimilé l'idée que les textes d'origine législative (et bien sûr la jurisprudence que suscite leur application) constituent aujourd'hui l'essentiel de l'encadrement juridique. La modernité juridique québécoise a pris la forme d'un « État de lois ». Et l'appareil législatif issu de l'Assemblée nationale depuis un quart de siècle manifeste clairement par sa forme son rattachement à la tradition romano-germanique du législateur interprète de la volonté générale et « architecte social ». La structure et la langue des textes tendent à exprimer une rationalité directement accessible au citoyen. À travers le « bruit » introduit dans les textes par les contingences politiques et les lourdeurs technocratiques se fait entendre dans la loi le « message » du peuple à lui-même, écho lointain mais persistant de la conception du *Contrat social*.

Il appartiendra à la recherche historique de reconstituer la genèse de cet état d'esprit. On peut cependant hasarder à ce sujet une hypothèse. Le droit québécois aurait parcouru depuis 1791 le cheminement suivant. Au départ, le cadre constitutionnel, l'état du droit en vigueur et la culture politique ambiante auraient conjugué leurs effets pour implanter au Québec une conception de la loi calquée sur celle qui prévalait traditionnellement en Angleterre. Depuis lors, cependant, la démocratisation et l'acculturation des institutions politiques, les exigences notamment économiques de modernisation du droit, la diffusion d'une vision instrumentale de l'État et du droit et, enfin, l'émergence d'une culture politique participative ont cumulé successivement leurs effets de sorte que prévaut très largement dans le Québec contemporain une conception de la loi proche de la tradition révolutionnaire. Le fil directeur de cette évolution serait l'accroissement progressif de la maîtrise de l'outil législatif par une instance investie d'une légitimité démocratique. Certes, ainsi résumé, ce cheminement se présente comme celui-là même qu'a emprunté l'ensemble des sociétés qui ont défini le modèle démocratique moderne ou y ont adhéré. Il reste donc à vérifier, par une enquête historique, si et comment cette évolution s'est concrétisée au Québec sur le plan de la conception de la loi parmi les sources du droit. Ce retour sur le contenu de la notion de loi aux différents stades de développement de la culture juridique québécoise pourrait se développer selon plusieurs axes et sur plusieurs terrains.

Ainsi, quatre axes d'investigation sont envisageables. D'abord, le rôle de la volonté : il s'agirait alors d'examiner comment, dans quelle mesure et dans quels termes la conception volontariste de la loi, à la fois en tant qu'analyse de la loi comme acte de volonté et en tant qu'identification de la loi à la volonté générale, est entrée dans la culture juridique québécoise. En second lieu, l'instrumentalisation de la loi : ce thème de recherche permettrait d'établir comment la loi a accédé à la vocation d'instrument d'ar-

chitecture sociale ou, pour employer un vocabulaire plus contemporain, d'agent de changement social. En troisième lieu, la validation démocratique de la loi : il s'agirait ici de mettre en lumière les différents modes selon lesquels on a conçu la médiation entre l'expression démocratique des choix politiques et leur matérialisation par le texte législatif, à la fois au sein et en marge de l'institution parlementaire. Enfin, le thème de la formalisation du texte législatif permettrait, en s'intéressant à l'évolution du langage des lois et de la technique législative, d'observer dans les textes à la fois l'interaction des trois thèmes précédents et l'émergence de traits spécifiquement québécois.

Cette recherche pourrait être conduite sur divers terrains : ceux qu'exploite habituellement la recherche juridique (législation, jurisprudence et doctrine), mais aussi ceux que fréquentent davantage les historiens (littérature politique, presse, travaux parlementaires et documents officiels). La priorité devrait être accordée, parmi ces matériaux, à ceux qui renseignent directement sur le phénomène législatif : la production législative elle-même, depuis 1791, et les travaux préparatoires, qui témoignent de l'esprit, des ambitions, des méthodes, des conceptions juridiques et politiques qui ont présidé à l'élaboration de cette production. Ce n'est qu'en second lieu que le regard se porterait sur d'autres sources, doctrinales et jurisprudentielles, permettant de préciser quelle place cette production législative a occupé dans la culture juridique québécoise. Bien entendu, ce vaste champ d'investigation ne peut être entrepris d'un seul coup dans sa totalité : il faudra procéder à un choix de périodes jugées représentatives, à un échantillonnage des textes législatifs, à une hiérarchisation des sources exploitables. L'essentiel est de commencer quelque part et de rechercher, derrière la présence aujourd'hui massive du droit légiféré, les sources et les cheminements d'une conception de la loi que nous recevons comme acquise sans bien percevoir comment elle nous est parvenue.

Une telle entreprise n'aurait d'ailleurs pas pour seul intérêt de mettre en lumière les sources de notre tradition juridique en matière de législation. Rien ne justifie de penser que la loi ait accédé à un statut, à une forme, à un régime désormais immuables. À elles seules, les réflexions critiques que proposent sur la loi plusieurs courants de pensée actuels devraient nous convaincre que la loi n'est pas au bout de ses transformations.

2. Critique

L'État de droit, l'État social que nous connaissons aujourd'hui s'est formé dans la continuité de la tradition révolutionnaire. Certes, le contenu et les caractères de la loi se sont considérablement modifiés. Ces chan-

gements découlent précisément du fait que le législateur a pris au sérieux, à l'époque contemporaine, la vocation créatrice que lui ont assignée les grandes révolutions démocratiques.

La législation, dans la conception issue de cette époque fondatrice, avait pour objet principal de garantir la liberté et l'égalité des membres du corps social. Dans le contexte de l'avènement de la société bourgeoise, cette liberté et cette égalité ont reçu un contenu formel : leur réalisation s'épuisait par leur inscription dans la loi. Le modèle du contrat social permettait de plaquer sur un monde d'inégalités, de dépendances interindividuelles, le discours légiféré postulant l'existence d'un ensemble d'individus libres, égaux en droit, interchangeables. L'émergence, à la surface du droit, de ce que l'on appelait au *xix^e* siècle la « question sociale », et la nécessité de gérer les inégalités, ont cependant transformé les fins de l'État et de la loi.

Ainsi la notion d'État de droit a-t-elle été traversée par l'aspiration à un État de droit social, tendant à maîtriser, voire à réduire les inégalités, et à accroître les libertés au-delà du champ des libertés formelles. Mais cet État n'a pas cessé, au contraire, d'être un État de lois. Celles-ci se sont en fait révélées les vectrices efficaces de la politique sociale, d'une nouvelle rationalité sociale, d'une justice à préoccupations distributives. Tout leur prestige révolutionnaire, toute leur puissance morale et mythique ont été mis au service de ces nouveaux objectifs. La loi est devenue l'instrument par excellence de cette conquête infinie d'un aménagement social juste et rationnel. Elle a largement éclipsé les autres sources de droit, jugées inefficaces, voire foncièrement conservatrices. La profusion législative qui s'en est suivie a cependant contribué à réhabiliter le rôle d'interprète des lois. Dans le système de l'État de droit libéral, l'interprète judiciaire n'était qu'un docile lecteur-exécutant. Dans l'État de droit social, il tend à devenir un collaborateur du législateur, engagé dans la réalisation des fins de la loi. L'interprétation tend à prendre le caractère instrumentaire que revêt pleinement la loi.

La théorie contemporaine dominante — le positivisme démocratique — repose sur cet état de choses. Elle constate et renforce le primat de la législation dans l'État de droit social. Elle propose une vision systématique d'un ordre juridique constitué d'un ensemble de normes où les lois occupent une place prépondérante, la plupart des autres normes étant sous leur dépendance, et la constitution de l'État jouant le rôle de « loi suprême ».

Tout cela n'a pas été sans infléchir considérablement la conception de la loi que nous avons héritée de la philosophie rationaliste. Georges Burdeau, écrivant il y a un demi-siècle, constatait déjà que l'ambition du législateur d'appliquer à l'organisation des sociétés toute la puissance

créatrice de la raison humaine avait profondément modifié les caractères, la nature et la justification de la loi³⁶. Entraîné sur le terrain conflictuel de la vie économique, le législateur n'a pu éviter ni d'accentuer l'ampleur et le poids de son intervention, ni de prendre parti en associant cette intervention à telle ou telle conception du « bien commun ». Ainsi relativisée dans ses objectifs — qui n'ont plus guère à voir avec la transcendance de la raison éternelle —, la loi n'a pourtant rien perdu de son caractère volontariste et contraignant. Le prestige conféré à la loi par le rationalisme politique est mis au service de la décision politique : la loi n'est plus qu'un « procédé de gouvernement » et non plus l'instrument d'une « gestion philosophique de l'histoire³⁷ ». D'ailleurs, constatait enfin Burdeau, l'autorité dont jouit la loi ne se fonde plus, à terme, sur celle de la raison, mais de façon beaucoup plus terre à terre sur le suffrage représentatif majoritaire.

François Ewald a repris en partie les mêmes constats, mais son analyse met moins l'accent sur les avatars de la gouverne politique que sur l'irruption dans le droit (et pas seulement dans le droit légiféré, bien au contraire) d'une logique nouvelle, à laquelle l'ambition même du législateur l'empêchait d'échapper³⁸. Cette logique est celle du conflit social, essentiellement économique, qui appelle un traitement par transaction, par compromis, par création d'équilibres en vue de la conservation du corps social. Sous la pression de cette logique, la loi perd la possibilité de s'identifier à la raison éternelle, surplombant abstraitement les besoins contingents des sociétés. Mais, constate tout de même Ewald, la situation de la loi dans cet environnement de « droit social » n'est pas exempte d'ambiguïté. Certes, elle n'est plus qu'une des modes d'expression de la norme sociale, mais un mode encore indispensable en raison de son assise étatique, garantie d'efficacité supérieure. Il est vrai que ce potentiel « musclé » de la loi porte un peu à faux dans la mesure où celle-ci parle aujourd'hui en termes souvent flexibles et incitatifs. Comme le montre bien Ewald, ce « changement de ton » dans la loi est un effet indissociable de la nouvelle vocation du législateur comme « notaire instrumentant » du compromis social-démocrate.

Par ailleurs, le regain de l'idéologie des droits naturels de la personne humaine remet en cause, à des degrés divers selon les États, l'autorité

36. G. BURDEAU, *loc. cit.*, note 25, 44-55. Voir aussi du même auteur, l'article « Loi » de l'*Encyclopædia Universalis*, Paris, Encyclopædia Universalis, 1989, t. 13, p. 992.

37. Cette dernière expression est empruntée à S. HERMAN, « Legislative Management of History : Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code », (1978-1979) 53 *Tul. L. Rev.* 380.

38. F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, pp. 466-467 et 482-489.

prééminente de la loi. En particulier, cette idéologie rend recevable l'hypothèse que la loi soit irrationnelle ou injuste. Malgré ces vicissitudes, la loi conserve une part de son prestige et de ses attributs révolutionnaires. Les mythes fondateurs que sont le contrat social, la volonté générale et la suprématie du pouvoir législatif n'ont pas entièrement perdu leur emprise, ni la loi son efficacité. Et dans le quotidien des choses, l'État de droit est plus que jamais un État législatif, un État de lois.

Sous ses avatars contemporains, la loi, en profondeur, continue à dépendre du postulat de la pensée rationaliste classique. Qu'on la présente comme un élément d'un ordre normatif « pur », ou qu'on la charge au contraire des aspirations éthiques d'un humanisme rationnel, le postulat est le même : il est possible de saisir objectivement le réel, de le rationaliser selon des catégories juridiques abstraites, et d'agir sur lui par des commandements écrits à valeur générale, impersonnelle et permanente. C'est ce postulat que divers courants actuels tendent à remettre en cause, avec plus ou moins d'acuité. Ils obligent à réévaluer le sens actuel de la loi, à envisager l'hypothèse d'une transformation radicale des formes, des contenus et des caractères de la loi, et même à nous demander si le droit est aujourd'hui concevable sans lois.

Il suffira ici d'évoquer trois de ces courants critiques : le marxisme et l'école critique radicale qui le prolonge ; le néo-libéralisme ; le féminisme.

2.1 Le marxisme et la critique radicale

L'apport essentiel du marxisme, en ce qui concerne la loi, se situe dans sa critique de l'ordre juridique des sociétés présocialistes, notamment bourgeoises³⁹.

Au même titre que l'État dans son ensemble, la loi relève de la superstructure de la société bourgeoise. Elle est un instrument de gestion des affaires de la classe dominante. Son contenu reflète les rapports de production dominants. Mais son rôle fondamental est au niveau du discours. Par son recours ostensible à l'universel, le discours législatif tend à valider la fiction d'une société constituée de sujets de droit purement individuels, libres et égaux. En se réclamant, pour se valider elle-même, d'un contrat social originaire, la loi dément sa propre primauté : la norme ultime, dans la société bourgeoise, réside dans une individualité pure, fictivement considérée comme égale et autonome par rapport aux autres⁴⁰.

39. M. MIAILLE, « Critique marxiste de la loi dans l'État bourgeois », (1980) 25 *Arch. phil. dr.* 263.

40. K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie allemande* (1846), dans K. MARX, *Œuvres*, coll. « La Pléiade », t. III, Paris, Gallimard, 1982, pp. 1232-1234.

La critique marxiste met donc en lumière le caractère formel, abstrait, irréal de la loi lorsqu'elle prétend organiser la réalité à partir de la raison individuelle. Elle débouche ainsi sur une pratique visant à démasquer la véritable nature de la loi, à aggraver, au besoin en s'appuyant sur elle, les contradictions qu'elle recouvre, et ultimement à la mettre en cause comme procédé d'organisation sociale.

En effet, la légalité bourgeoise issue des révolutions capitalistes des *xvii^e* et *xviii^e* siècles se révèle, à l'analyse, comme une confiscation sur le plan moral et une nécessité sur le plan économique. Confiscation puisqu'elle détourne au profit d'une structure de domination l'adhésion libre du « citoyen », soigneusement dissocié de son rôle dans l'appareil de production, à un ordre social centré sur la liberté (mais une liberté amputée elle aussi au préalable de ses dimensions économiques concrètes). Nécessité puisque l'économie capitaliste repose sur un modèle hiérarchisé, formalisé et abstrait du pouvoir et des relations sociales : la loi souveraine, fixe et impersonnelle répond parfaitement à ces exigences.

La pratique des États se réclamant du marxisme-léninisme n'a cependant pas renouvelé en profondeur la notion de loi. Le régime de la « légalité socialiste » dans la phase de construction du communisme, phase transitoire vers la disparition de l'État et du droit, est en général apparu comme une caricature de la légalité classique. Aussi est-ce plutôt dans d'autres segments du courant marxiste qu'il faut chercher le prolongement de la position initiale de Marx.

Dans le monde anglo-saxon, par exemple, le courant des *Critical Legal Studies* reprend et actualise certaines des thèses marxiennes, et vise à la fois le droit légiféré et le droit jurisprudentiel⁴¹. Dans l'un et l'autre, il voit sous le couvert d'une « méthode » juridique aux procédés manipulables à l'infini une pure rhétorique politique. Celle-ci cherche à produire un effet mystificateur et légitimant, de façon à préserver l'hégémonie d'un pouvoir que rien ne justifie. En ce qui concerne plus précisément la loi, l'école des *Critical Legal Studies* fait le même constat que François Ewald : ses contenus nouveaux (dispositions-programme, normes ouvertes, standards d'appréciation) désagrègent le contenu de la légalité classique. L'énoncé abstrait de règles universelles recule devant l'irruption, dans le texte légal lui-même, du débat politique et économique. La loi ne tente plus de surplomber l'histoire : elle est elle-même le terrain et l'enjeu des conflits sociaux.

41. R.M. UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 563 ; M. TUSHNET, « Critical Legal Studies : An Introduction to its Origins and Underpinnings », (1986) 36 *J. Legal Educ.* 505 ; R.A. BELLIOTTI, « The Rule of Law and the Critical Legal Studies Movement », (1986) 24 *U.W.O.L. Rev.* 67.

Jürgen Habermas, de son côté, reprend la critique de Marx dans le contexte de l'État de droit contemporain⁴². Il montre comment celui-ci s'est constitué, depuis l'époque féodale, par poussées successives de juridicisation du social⁴³. Le quadrillage du social par la loi a produit, au stade le plus récent, la notion de droits sociaux, dont la valeur positive ne doit pas faire oublier qu'ils consacrent et « figent » dans le droit des rapports de pouvoir liés à la structure de classe. Tout cela, ostensiblement, avec l'ambition d'une rationalisation croissante de la vie sociale. Cette rationalisation, on peut le constater tous les jours, passe par la légalisation des rapports humains selon un formalisme qui postule chez l'individu sujet de droit la capacité d'exercer un réel libre arbitre. Elle passe également par le déploiement d'un formidable appareil d'État, destiné à mettre en œuvre les compromis qu'enregistre une législation « sociale », au sens large de ce terme. D'où un intense phénomène de « bureaucratisation du social ». C'est cette rationalité de l'État-providence qui a pris le relais de l'utopie (le mot n'est évidemment pas employé dans un sens péjoratif par Habermas) rationaliste de la philosophie des Lumières.

Habermas montre cependant que cette action modératrice du pouvoir de l'État pour faire contrepoids au pouvoir de l'argent, si elle implique une certaine opposition entre ces deux pouvoirs, repose sur leur commune acceptation du travail comme fondement de l'organisation sociale et de la croissance de l'économie industrielle comme modèle du « développement » social⁴⁴. En dernière analyse, nous dit Habermas, ces postulats ne sont pas remis en cause, ne sont pas concernés, par la « transaction » ewaldienne, par le compromis social-démocrate. N'est pas remise en cause non plus, semble-t-il, l'idée d'un système de lois, relativement autoritaire et fondé sur la légitimité majoritaire. Bien au contraire, la législation, pour les motifs exposés par Burdeau et Ewald, demeure une modalité essentielle de l'État de droit social.

Mais alors que ces deux auteurs nous invitaient plutôt à mesurer l'écart entre la tradition révolutionnaire, purement rationaliste, de la loi et la version modifiée qu'en présente le droit de l'État-providence, le

42. Pour situer la réflexion d'Habermas sur le droit dans l'ensemble de sa pensée, voir : P. GUIBENTIF, « Et Habermas ? Le droit dans l'œuvre de Jürgen Habermas — Éléments d'orientation », (1989) 11/12 *Droit et Société* 159 ; B. MELKEVIK, « Le modèle communicationnel en sciences juridiques : Habermas et le droit », (1990) 31 *C. de D.* 901 ; J. LENOBLE, « Droit et communication : J. Habermas », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 163.

43. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 2, Paris, Fayard, 1987, pp. 391-410.

44. J. HABERMAS, « La crise de l'État-providence et l'épuisement des énergies utopiques », dans J. HABERMAS (dir.), *Écrits politiques — Culture, droit, histoire*, Paris, Éditions du Cerf, 1990, p. 105.

regard d'Habermas se porte vers l'avenir. Il constate d'abord que les postulats communs à la social-démocratie et au libéralisme ont conduit l'État-providence à alimenter, malgré ses intentions, l'exclusion et la marginalisation d'importantes minorités dans les sociétés dites développées et d'une nette majorité à l'échelle mondiale. Il constate ensuite l'émergence, notamment mais pas seulement parmi ces exclus du travail et de la croissance, de divers courants dont la caractéristique commune est de remettre en cause ces postulats.

Cet ensemble de courants témoigne, selon l'analyse d'Habermas, d'une réaction du « monde vécu » contre sa double « colonisation » par le pouvoir de l'économie marchande et le pouvoir politique étatique⁴⁵. Cette réaction ne peut pas ne pas englober la loi, puisque celle-ci demeure l'une des formes consacrées du compromis social-démocrate entre ces deux pouvoirs. Même si le caractère volontariste, autoritaire, de la loi s'efface parfois derrière une démarche « transactionnelle » faisant une large place à l'incitation, aux consensus, aux tolérances, il reste que tous ne sont pas partie à la transaction. Le système économique et politique laisse à l'écart un certain nombre d'exclus, un certain registre d'intérêts, un ensemble de dimensions de la rationalité. La loi ne peut dans ces conditions prétendre être, selon l'expression de Rousseau, « le peuple statuant sur tout le peuple ». On en vient ainsi au constat d'un déficit de légitimité de l'État de droit social, au regard même de sa propre ambition de réaliser par son action — notamment législative — un projet d'aménagement rationnel d'une société de travailleurs libres.

2.2 La critique néo-libérale

La critique du droit et de la loi au nom du libéralisme politique et économique connaît actuellement un regain de vigueur⁴⁶. L'individualisme radical est cependant aussi ancien que notre tradition révolutionnaire de la loi. Dès 1792, Wilhelm von Humboldt, dans son *Essai sur les limites de l'action de l'État*, prévoyait que le développement d'une législation créatrice de droit allait engager une dynamique irréversible de croissance de l'État⁴⁷. Aussi préconisait-il pour l'État un rôle purement négatif : garantir la sûreté de l'individu dans sa vie, sa liberté et ses biens. La loi et le droit étaient dès lors bornés à la stricte nécessité individuelle, à l'exclusion de l'utilité sociale.

45. J. HABERMAS, *op. cit.*, note 43, pp. 131-167 et 365-391.

46. Voir P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, coll. « Points », Paris, Seuil, 1981, pp. 59-106.

47. Voir J.H. KNOLL et H. SIEBERT, *Wilhelm von Humboldt — L'homme politique et le pédagogue*, Bad Godesberg, Inter Nationes, 1967, pp. 10-22.

À notre époque, cette perspective est reprise par les économistes partisans d'un État minimal. En fait, l'anarchisme libéral de Nozick envisage la disparition de l'État et du droit étatique, la régulation sociale étant laissée au jeu des acteurs économiques individuels⁴⁸. Cette version de l'individualisme radical se présente délibérément comme ayant valeur d'utopie, puisqu'elle propose un retour à cet état de nature décrit par Hobbes sous des couleurs parfaitement repoussantes !

La thèse de Friedrich Hayek dans *Law, Legislation and Liberty* se présente davantage comme un programme révolutionnaire, au sens de recommencement de l'histoire⁴⁹. Elle consiste à dire que le droit est antérieur et plus large, par rapport à la loi ; que c'est lui, et non la loi, qui est porteur de règles de conduite humaine et des véritables valeurs de rationalité et de justice, que la loi n'est pas source de droit, mais un simple procédé d'organisation sociale ; que l'intervention de la loi au nom de la « justice sociale » ne fait que réduire le champ du droit véritable en même temps que la sphère de l'autonomie individuelle. La justice que sert le droit n'a rien à voir avec les résultats concrets des relations sociales qu'il régit : elle dépend uniquement de leur correction formelle par rapport à ces règles de droit essentiellement coutumières. La critique libérale d'Hayek combine donc de façon plus crédible l'individualisme radical, l'optique médiévale de la common law et la tradition prédémocratique du droit allemand, niant l'existence d'un véritable droit public. Elle propose en fait d'oblitérer de notre conscience juridique toute la tradition révolutionnaire de la loi.

La tendance la plus récente de la critique néo-libérale s'efforce de présenter cette thèse sous un jour moins passéiste, plus dynamique. Admettant l'impossibilité de faire disparaître aujourd'hui l'État et son droit législatif, elle propose de le réduire du moins au minimum. Ainsi pourraient jouer de façon relativement autonome les relations sociales et économiques. Il en sortirait, pense-t-on, une justice « naturelle », un droit spontané, essentiellement conventionnel et coutumier, sous le contrôle du juge. C'est en définitive à lui, et non plus au législateur, qu'appartiendrait la maîtrise de la création du droit⁵⁰.

Ainsi, critique néo-marxiste et critique néo-libérale s'en prennent chacune à sa manière à l'idéalité de la loi dans la tradition révolutionnaire.

48. R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

49. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, t. II, Chicago, University of Chicago Press, 1973, ch. 4 et 6.

50. Voir par exemple L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985 ; G. SORMAN, *L'État minimum*, Paris, Albin Michel, 1985 ; P. LEMIEUX, *La souveraineté de l'individu*, coll. « Libre échange », Paris, PUF, 1987.

La critique néo-marxiste dénonce dans la loi une rationalité *fictive*, qui tend à légitimer des rapports individuels de pouvoir. La critique néo-libérale voit en elle une rationalité *illégitime*, qui usurpe la création du droit par ces même rapports individuels. La première conduit à penser que puisque la transformation des rapports sociaux par la loi n'est qu'une illusion, c'est plutôt dans une démarche éthique du type collectif qu'il faut chercher la réalisation de la raison et de la justice. La seconde conduit à exclure quasiment la loi du champ du droit, et à réduire celui-ci à la résultante du libre arbitre des individus.

2.3 La critique féministe

Les perspectives qu'ouvre la critique féministe de la loi ne sont pas moins troublantes. Il s'agit ici d'un courant complexe, dont la réflexion particulière sur la loi, par opposition à sa réflexion sur le droit dans son ensemble, est encore, semble-t-il, en gestation. On peut probablement en distinguer trois axes : une critique sémantique, une critique méthodologique et une critique épistémologique.

La critique sémantique de la loi par les femmes vise le texte légal en lui-même, la langue dans laquelle il s'exprime⁵¹. En mettant en relief le caractère sexué de ce langage, elle reprend à son compte la critique marxiste de l'universalité purement formelle de la loi. Elle démasque derrière un vocabulaire ostensiblement neutre un parti pris d'exclusion des femmes, ou du moins de discrimination à leur encontre. Cette critique a bien sûr provoqué un effort de désexisation de la langue des lois — ce qui est tout autre chose que la désexisation des institutions créées par les lois.

Une critique méthodologique prend alors le relais pour mettre en cause la validité du contenu même de la loi. Elle consiste à montrer que, même dans les États démocratiques, l'aménagement actuel de la vie politique, au sens le plus large, et du processus législatif ne garantit aucunement que la loi, en tant que décision politique et en tant que fondement de décisions, reflète pour partie la perspective féminine sur le réel. Même quand cette perspective n'est pas évacuée d'emblée, il lui est difficile de rester présente. En effet, tout le processus d'engendrement du droit, y compris du droit légiféré, repose encore essentiellement sur un arbitrage autoritaire entre des valeurs et des intérêts concurrents. Cet arbitrage trouve habituellement son fondement et son expression dans des

51. M. RITCHIE, « Alice Through the Statutes », (1975) 21 *McGill L.J.* 699 et « The Language of Oppression — Alice Talks Back », (1977) 23 *McGill L.J.* 535 ; K. DE JONG, « On Equality and Language », (1985) 1 *R.J.F.D.* 119.

catégories abstraites, impersonnelles, qui sont censées véhiculer une justice objective. Le processus ne correspond donc pas à ce que la critique féministe désigne comme les caractéristiques d'une méthodologie juridique féminine : prendre en considération le point de vue de chacune des parties en cause, selon son optique propre ; rechercher la solution qui concilie au mieux, sur le plan des résultats concrets, les intérêts de l'ensemble des parties ; et favoriser, dans la recherche de solution, l'expression subjective et l'échange des points de vue⁵². En l'absence d'une telle démarche dans son élaboration et son application, la norme législative ne peut être reçue comme valide, au regard précisément de la notion de volonté générale sur laquelle se fonde sa légitimité dans la tradition révolutionnaire.

Mais plus fondamentalement encore, la critique féministe conduit à remettre en cause la notion même de loi comme acte de volonté. En effet, l'idée de la loi comme acte de commandement et de contrainte implique les idées d'hierarchisation, d'organisation délibérée, d'objectivation du réel. On touche ici aux fondements philosophiques de la tradition révolutionnaire, à l'affirmation de l'idéalisme cartésien selon laquelle le monde est justiciable d'une connaissance objective par la raison et susceptible d'une transformation rationnelle⁵³. À la limite, la tradition révolutionnaire pose l'idéalité du monde, plutôt que sa réalité : « Au commencement était le Verbe. » Sur ce plan, qui est celui de l'épistémologie du droit, la critique féministe s'attaque aux prétentions de l'État de droit moderne à se poser comme neutre et objectif devant la réalité sociale⁵⁴. Elle met en cause l'objectivité du droit, et notamment du droit légiféré, comme l'expression d'une perspective essentiellement masculine⁵⁵. La rationalité du législateur n'est de ce fait qu'une rationalité préfabriquée, qui exclut la prise en considération de la division sociale fondamentale entre les sexes.

La critique féministe fait ainsi valoir que, depuis le *cogito* cartésien, la perspective féminine sur le réel se trouve disqualifiée, car elle se fonde au contraire sur l'unité avec le monde, l'acceptation du réel, la plénitude et l'harmonie, l'intégration du sujet et de l'objet, le concret, l'organicité. Elle débouche donc, à terme, sur la recherche d'autres formes de vie sociale que celle qui est structurée de l'extérieur par le droit et la loi. Par

52. K. BARTLETT, « Feminist Legal Methods », (1990) 103 *Harv. L. Rev.* 829.

53. S. BORDO, « The Cartesian Masculinization of Thought », *Signs*, vol. 11, 1986, 439.

54. C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, ch. 8.

55. A.C. SCALES, « The Emergence of Feminist Jurisprudence : An Essay », (1986) 95 *Yale L.J.* 1373.

d'autres voies que les deux courants précédents, elle propose un retour—révolutionnaire sans doute—à un humanisme éthique ; mais celui-ci semble avoir un caractère encore plus fondamental, et une dimension « écologiste », au sens le plus large du terme.

Telles sont les données, encore incomplètes et insuffisamment approfondies, dont on peut aujourd'hui, au Québec, nourrir une réflexion sur la loi. Malgré ce climat beaucoup plus critique, il est indéniable que dans nos ordres juridiques occidentaux, tout au moins, la loi jouit encore d'une situation de prestige, appuyée sur une forte tradition révolutionnaire, à la fois juridique et philosophique. Mais la profondeur des remises en cause dont la loi fait l'objet en tant que source de droit permet d'entrevoir une « crise de la loi » dans le droit. De façon encore confuse, il apparaît que la loi ne pourra rester porteuse de mouvements durables du droit qu'au prix d'une transformation sinon de sa nature, du moins de ses modes d'élaboration et d'expression. Instrument et artifice de la raison, voici maintenant la loi appelée à rendre raison d'elle-même.

3. Transformation

La loi n'a donc pas très bonne presse dans des circuits idéologiques, par ailleurs disparates, mais qui se rejoignent dans leur remise en cause sinon du droit, du moins du droit tel qu'il se présente aujourd'hui, c'est-à-dire d'un droit largement légiféré.

Pour le commun des juristes, par contre, une telle remise en cause ne va pas de soi. Un droit qui ne serait plus (ou en tout cas presque plus) légiféré est-il pensable dans une société comme le Québec d'aujourd'hui ? Peut-on « faire du droit », dans les deux sens de cette expression, peut-on même vivre, sans lois ? Comment envisager l'avenir des transformations du droit si on le suppose mutilé de ce mode prééminent de renouvellement qu'est l'intervention législative ? Comment ne pas voir dans la loi une modalité irremplaçable du droit, dont la légitimité et l'effet spécifique ne peuvent être reproduits ailleurs ? À la limite, comment ne pas craindre, au-delà de l'effacement des lois, pis encore de leur disparition, le dépérissement de l'État de droit, et cela au moment où s'exprime à travers le monde une aspiration à être régi par des lois non arbitraires, prises par des gouvernements dont la légitimité est périodiquement vérifiée ?

Bref, le juriste ordinaire aurait toutes les raisons, interrogé sur l'hypothèse d'un droit sans lois, de hausser les épaules et de reprendre sa marche, dans la conscience paisible qu'elle va dans le sens de l'Histoire...

Mais l'esprit juridique se nourrit du doute, et il y a lieu de croire que sa réflexion ultérieure le ramènera vers cette question troublante. Peut-

être envisagera-t-il pratiquer dans la paroi des certitudes une fenêtre ouvrant sur des utopies. Peut-être freinera-t-il le mouvement naturel qui le porterait à récuser ces visions utopiques. Car autour de lui, de plus en plus insistants, paraissent les signes d'une « crise de la loi ». Certains ont été évoqués au début du présent texte. D'autres, moins apparents, sont mis en lumière par les courants critiques dont on vient d'esquisser le sens général.

Tout cela suggère la nécessité de repenser la nature et le rôle de la loi pour dépasser cette crise, et en même temps la difficulté de ne pas emprunter le canal de la loi pour le faire. Bref, pour prendre le contre-pied d'un propos célèbre : la loi est une partie du problème, mais doit aussi être une partie de la solution.

Une société comme la nôtre réagit pour le moment, devant cet ensemble de constats et de critiques, comme le ferait un individu moyen se trouvant aux prises dans sa vie personnelle avec un phénomène du même genre. Un premier type de réaction se fonde sur le rejet. Rejet des contraintes et des effets pervers suscités par l'expansion du droit légiféré. Rejet de la « juridicisation » de la réalité sociale pour autant qu'elle emprunte la forme d'une « légalisation ». Rejet donc du droit légiféré, voire à la limite du droit tout court, et très largement rejet de l'encadrement étatique, à la limite rejet de l'État. La sortie de crise passe donc, selon ce premier type de mouvement réactif, par une déconstruction partielle de l'État de droit, du moins dans la mesure où il est un État de droit social, un État de lois.

L'autre type de réaction se fonde, au moins en partie, sur un sentiment d'impuissance. Impuissance devant les contraintes et les effets pervers de l'inflation législative, devant même le risque d'un éventuel effondrement de l'État de droit sous son propre poids. Impuissance justifiée par la liaison apparemment inéluctable entre l'accroissement du droit légiféré et l'évolution des sociétés modernes. En effet, cette évolution apparaît tout entière conduite par les exigences de ce qu'il est convenu d'appeler le « développement ». Or, ce développement, essentiellement économique, réclame à la fois de l'État le soutien qui va lui permettre de se poursuivre et les correctifs qui en gomment les retombées négatives. Toutes deux incontournables, l'une et l'autre exigence expliquent la croissance de l'État-providence et font de son évolution un mouvement « naturel », d'ailleurs globalement bénéfique et dont la remise en cause serait indissociable de celle du « développement » lui-même.

Donc, si l'on s'en tient à ces deux réactions premières, l'alternative devant l'hypertrophie législative que manifestent les sociétés modernes se résume, grosso modo, à « tout défaire » ou à « ne rien faire ». Peut-on dépasser cette alternative, et si oui par quelles voies ?

Celles que pourrait emprunter le droit québécois ne sont pas prédéterminées. Son parcours éventuel sera la résultante encore imprévisible d'un faisceau d'influences et de données historiques. Parmi ces dernières, il faut compter d'abord l'interpénétration des conceptions de la loi inhérentes aux sources anglo-saxonnes et civilistes du droit québécois. Ensuite, le fait que le Québec participe, depuis le début du siècle mais de façon intensive depuis 30 ans, au mouvement universel d'édification de l'État du droit social, dont Ewald et Habermas ont analysé les manifestations et les conséquences. Quant à l'influence des différents courants critiques évoqués ci-dessus, elle se fait sentir de façon plus ou moins diffuse à travers des variantes locales. La critique radicale s'appuie sur l'expérience des groupes populaires, le mouvement alternatif et le développement des solidarités locales. La critique néo-libérale s'est intégrée au discours politique dominant en Amérique du Nord, mais son influence au Québec, plus encore qu'ailleurs au Canada, est tempérée par une forte tradition d'interventionnisme étatique. La critique féministe du droit n'a généralement pas le radicalisme qu'elle présente en pays anglo-saxon, mais son influence ne peut que s'étendre à mesure de la féminisation des professions juridiques.

Compte tenu de cet ensemble d'éléments — dont le caractère impondérable est accru par l'incertitude actuelle sur l'évolution constitutionnelle du Québec, notamment quant à l'étendue de ses compétences législatives —, quelles sont les perspectives de transformation de la loi au Québec ? Une alternative opposant deux grandes orientations semble plausible.

La première orientation pourrait être qualifiée, selon les perspectives, de « retour au droit », de « décentrage du droit » ou d'« englobement de la loi ». Un tel scénario d'évolution supposerait que le Québec, quel que soit par ailleurs son avenir constitutionnel, s'engage plus à fond dans la dynamique institutionnelle lancée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Celle-ci, on le sait, a modifié profondément le dispositif de guidage du droit, du moins pour tout ce qui ne s'inscrit pas dans les rapports de pur droit privé. Le droit jurisprudentiel et la définition judiciaire des valeurs du droit ont accédé à la prééminence quasi absolue dans le vaste champ soumis à la Charte. Le droit, ainsi entendu, est « revenu » (selon un discours légitimateur qui emprunte tantôt au « jusnaturalisme », tantôt au néo-libéralisme) prendre sa place au-dessus de la loi. Si le droit québécois devait continuer sur cette lancée, on pourrait escompter le « décentrage » du droit, le déplacement de son centre, qui cesserait d'être la loi, expression ponctuelle de la volonté majoritaire des représentants du peuple, pour se fixer dans un nombre limité de principes et de notions flous dont l'actualisation serait laissée, pour l'essentiel, au processus judiciaire. Cer-

tes, une telle évolution n'implique nullement la disparition ou même une forte compression du droit légiféré, mais seulement son « englobement » dans un système du droit qui le déborde et le surplombe entièrement.

Cette perspective présente une affinité manifeste avec les fondements d'un système classique de common law, dans lequel c'est le droit jurisprudentiel qui est porteur de la rationalité profonde du droit. Aussi n'est-il pas étonnant qu'une formulation particulièrement achevée en ait été donnée par un auteur anglo-saxon, Ronald Dworkin. Pour ce dernier, l'essence du droit réside dans l'activité interprétative⁵⁶. Celle-ci s'exerce sur les sources de règles juridiques — qu'elles soient législatives ou jurisprudentielles — pour en dégager le sens dans une perspective de continuité historique. Comme l'interprétation littéraire, l'interprétation juridique s'efforce de « faire apparaître le texte sous son meilleur jour », c'est-à-dire en fonction des principes de cohérence, de justice et de régularité sur lesquels se fonde la tradition juridique nationale⁵⁷. Dans cette perspective de continuité historique, la loi n'est qu'un événement dans la vie du droit, un fragment d'histoire sociale qu'il s'agit de replacer le plus harmonieusement possible dans le mouvement général d'un système qui l'englobe⁵⁸. Cette conception de la loi dans le droit n'en exclut pas entièrement le caractère volontariste — encore qu'elle s'appuie notamment sur le caractère fictif de la volonté d'un Parlement, qui ne peut être discernée qu'à partir de la tradition juridique nationale. Mais ce droit saturé de continuité repose beaucoup plus sur ce que Montesquieu aurait appelé l'« esprit général » d'une communauté. Encore faut-il s'entendre sur l'identité de la communauté à laquelle il est ainsi fait référence : s'agit-il du peuple dans son ensemble ou de la communauté des juristes⁵⁹ ?

L'autre orientation concevable pourrait, de son côté, se décrire comme un « recentrage du droit », une « réactivation de la loi » ou une « réappropriation de la loi ». Elle supposerait d'abord, en effet, que la loi soit replacée au centre du droit, en tant qu'elle exprime des choix de valeurs fondamentales opérés selon un processus porteur de la légitimité démocratique nationale. La centralité de la loi dans l'ordre juridique ne peut en effet se justifier et se maintenir, dans le cadre de l'État de droit moderne, que sous cette double condition : organiquement, la loi doit exprimer l'adhésion des membres de la collectivité nationale à un ordre juridique

56. R. DWORKIN, « Law as Interpretation », (1982) 60 *Tex. L. Rev.* 527 et « The Purpose of Law », dans R.S. ABELLA et M.L. ROTHMAN (dir.), *Justice Beyond Orwell*, Toronto, ICAJ, 1984, p. 3.

57. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986, ch. 9.

58. *Id.*, pp. 337-338.

59. I. DUNCANSON, *loc. cit.*, note 5, 689-694.

participatif—où chacun et chacune de ses membres peut concourir également à la formation de cet ordre ; matériellement, la loi doit exprimer l'adhésion de la collectivité nationale à ses institutions essentielles, à celles qui intéressent le plus directement la vie de ses membres. On est donc amené dans cette perspective à envisager à la fois un resserrement du champ matériel de la législation, un certain « reflux » de la prolifération législative, et une intensification de la teneur démocratique de son processus d'élaboration. Donc moins de lois, mais plus de démocratie.

Sous cette double condition, une réactivation de la valeur symbolique de la loi comme véhicule de choix collectifs importants, dégagés par le débat public le plus ample et le plus libre, devient envisageable. Une société telle que le Québec contemporain est sans doute trop diversifiée, trop éclatée, trop pluraliste, trop désenchantée pour se rassembler autour de la loi, symbole de rationalité universelle. Mais on peut envisager de recharger la loi d'une nouvelle symbolique : celle de la solidarité⁶⁰. Une telle visée suppose que l'on fasse porter l'effort du développement politique sur une réappropriation de la loi par les citoyennes et citoyens, donc sur l'optimisation de la participation civique à l'élaboration de la loi. Cet effort paraît impliquer un rafraîchissement de l'institution parlementaire, de manière à favoriser et à canaliser le développement d'une culture politique participative. À cet égard, diverses réformes introduites dans le fonctionnement de l'Assemblée nationale depuis une décennie vont dans le bon sens. L'innovation ne devrait pas s'en tenir à cela, notamment dans la perspective d'un meilleur enracinement local de la démocratie parlementaire. Une expérience comme la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec pourrait être imitée dans d'autres secteurs de l'activité parlementaire.

Une orientation de ce type peut manifestement s'inspirer du projet de « souveraineté communicationnelle » développé par Habermas⁶¹. Ce projet permet de conférer à la loi une légitimité nouvelle, qui passe à la fois par un allègement de l'encadrement législatif—un recul de la « juridicisation » du « monde vécu », c'est-à-dire en pratique de sa légalisation—et un plus large recours à des formes d'autonomie des collectivités et des groupes. Ce mouvement de « dérégulation étatique » ne pourrait cependant dégager ces « espaces publics » autonomes que si (et seulement si) il s'accompagne d'un relâchement de l'emprise de l'économie marchande. L'interaction de

60. Sur la nécessité d'une charge symbolique de la légalité, voir : J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », (1990) 106 *R.D.P.* 1651.

61. J. HABERMAS, « What Does Socialism Mean Today ? », *New Left Review*, vol. 183, n° 3, 1990, pp. 18-19 ; voir aussi B. MELKEVIK, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », (1992) 34 *C. de D.* 115.

ces nouveaux espaces de communication, d'échanges et de solidarité avec le système politique de l'État de droit se présenterait alors « sur le mode du siège » : les premiers visant à influencer sur le second, sans prétendre se l'annexer⁶². On peut alors envisager qu'une partie du droit légiféré refluerait sur des positions plus proches de celles que lui assignait à l'origine la pensée rationaliste ; son rôle redeviendrait peut-être l'énonciation et la garantie impérative de règles proches de l'éthique. Dans la mesure où ce reflux de la loi (mais pas nécessairement du droit) s'accompagnerait de la revitalisation ou de l'émergence de solidarités spontanées à tous les niveaux de socialité, comment ne pas être attiré, comme Habermas, par cette relance des meilleures aspirations de l'utopie social-démocrate ? Mais comment ne pas craindre que dans l'espace dégagé par le recul du droit « social » s'instaure plutôt la « loi d'airain » de l'économie marchande ?

En définitive, on le voit bien, la « crise de la loi » est indissociable de la « crise de l'État-providence ». Et pour sortir de cette crise, toute la difficulté est de dépasser les contraintes et les pesanteurs du droit « social » et aussi les limites qu'il crée à la réalisation de son propre projet, sans pour autant sacrifier ce projet lui-même ni renoncer au surcroît de valeur qu'un siècle d'État-providence a inscrit dans le droit, grâce à la loi.

62. J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », *Lignes*, vol. 7, 1989, p. 52.